

### **Critério de Participação Mais Rigoroso do que o Exigido para a Prestação dos Serviços Concedidos**

1. O Edital reconhece em seu item 3.10.4 que a participação do Operador Aeroportuário com no mínimo 25% do Consórcio (cerca de 12,5% de participação indireta na Concessionária) assegura sua influência na operação do aeroporto, como, aliás, bem enfatizado pelos representantes da ANAC no curso da Audiência Pública realizada no Rio de Janeiro: *“a participação mínima de 25% qualifica o acionista na gestão do negócio. Essa participação permite que o ator possa contribuir na gestão da concessão”*<sup>1</sup>.
2. Além disso, infere-se da leitura do Edital que a citada participação societária confere ainda capacidade do Operador Aeroportuário de intervir na governança corporativa da Concessionária, fato este também confirmado pela representante da ANAC do curso da Audiência Pública.
3. Em outras palavras, o Edital considera que uma participação societária de 25% no Acionista Privado é mais do que suficiente para assegurar ao Operador Aeroportuário a real influência na gestão técnica e corporativa da Concessionária (na qual, como dito, a participação efetiva será de cerca de 12,5%).
4. Portanto, se uma participação desse nível é considerada suficiente para garantir a boa gestão dos aeroportos licitados, do ponto de vista operacional, não há, evidentemente, razão para excluir do certame interessados que possuam participação equivalente em aeroportos estrangeiros que atendam aos demais requisitos técnicos do Leilão.
5. A previsão de requisitos de participação mais rigorosos do que aqueles exigidos para a própria prestação dos serviços concedidos configura restrição excessiva à competitividade, violando, inequivocamente, o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, além de ofender texto expresso do art. 30, §1º, da Lei nº 8.666/1993.
6. Sobre o ponto, a lição de Marçal Justen Filho:

“Existe, portanto, *uma* margem de discricionariedade para a Administração configurar, em cada caso, as exigências e os requisitos de participação. Ao elaborar o ato convocatório, a Administração deverá avaliar a complexidade da futura contratação e estabelecer, como derivação, os requisitos de habilitação e as condições de participação.

Essa margem de *discricionariedade* não se confunde com arbitrariedade. A escolha administrativa está delimitada não apenas pela Lei como também pela própria Constituição. Existe um mandamento constitucional, no já referido art. 37, inc. XXI, da CF/88. A Constituição não admite exigências que superem ao mínimo necessário para assegurar a obtenção pela Administração de um prestação de qualidade adequada. (...)

---

<sup>1</sup> <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/06/edital-da-anac-para-galeao-e-confins-e-criticado-em-audiencia-no-rio.html>

Se a Administração não dispuser de dados técnicos que justifiquem a caracterização da exigência como indispensável (mínima), seu ato será inválido. Não caberá invocar competência discricionária e tentar respaldar o ato sob o argumento de liberdade na apuração do mínimo. É claro que a referencia constitucional se reporta ao mínimo objetivamente comprovável – não àquilo que parece ser o mínimo em avaliação meramente subjetivas de um agente.

A adoção das condições de partição desvinculadas do objeto contratual pode desembocar na *invalidade*. São inválidas, primeiramente, as condições não necessárias. Isso se passa naqueles casos de exigências que ultrapassam os requisitos mínimos exigíveis do interessado em formular uma proposta. Caracteriza-se o excesso, provocando a exclusão de pessoas que poderiam executar satisfatoriamente o objeto lícitado. O defeito, por assim dizer, é quantitativo. A Administração poderia impor exigência daquela natureza, mas ultrapassa os limites adequados a fazê-lo. Assim se dá, por exemplo, quando se exige comprovação de capacidade financeira em montantes desproporcionalmente mais elevados do que seria necessário.”<sup>2</sup>

7. Por tudo isso, de modo a eliminar os claros vícios do Edital acima descritos, é que se propõe a alteração do conceito de Operador Aeroportuário (item 1.1.34) e do item 4.46.1 para também permitir a participação de empresas que detenham, direta ou indiretamente, pelo menos 25% de uma pessoa jurídica que opere diretamente um aeroporto, conforme abaixo:

**1.1.34. Operador Aeroportuário:** pessoa jurídica que opera diretamente um aeroporto, ou que detenha participação, direta ou indireta, de no mínimo 25% nesta, ou, ainda, subsidiária de qualquer destas duas, que atenda integralmente os requisitos de habilitação técnica previstos no Edital.

**4.46.1.** Não será exigido prazo mínimo de relação societária entre pessoa jurídica que opera diretamente o aeroporto e as demais pessoas mencionadas no item 1.1.34.

---

<sup>2</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 461.